

JUZGADO CIVIL DE JACOBO HUNTER

Expediente : 0140-2020-37-0401-JR-DC-01

Materia : Medida cautelar en Acción de Amparo

Jueza : Silvia Sandoval Corimayta

Especialista : Karina Cansino Roque

Demandado : Ministerio de Salud,
Gobierno Regional de Arequipa

Gerencia Regional De Salud De Arequipa

Emplazado : Procurador Público del Ministerio de Salud

Procurador Público del Gobierno Regional de Arequipa

Demandante : Pool Kevin Alarcón Barrionuevo

Resolución N° 01

Arequipa, dos mil veinte

Enero siete.-

Asumiendo competencia, la Jueza que suscribe en mérito a la Resolución Administrativa 196-2020-P-CSJAR-P, de fecha 28 de marzo de 2020, que designa a este **Juzgado Civil de Hunter como órgano jurisdiccional de emergencia por el periodo que va del 06 al 12 de abril del presente año.**

Con Vista de los Escritos de fecha 06 de abril de 2020, presentados por el demandante y remitidos a la Magistrada que suscribe a horas 18:47 y 21:12 del mismo día, vía correo electrónico. Así como el **escrito de fecha 07 de abril de 2020,** presentado por el demandante, remitido a la Magistrada que suscribe a horas 08:50 del mismo día, vía correo electrónico.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, conforme al artículo 15 del Código Procesal Constitucional, se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, sin transgredir lo establecido en el primer párrafo del artículo 3 de este Código. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo; salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas, en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo.

Especifica el mencionado artículo en su parte final, que en todo lo no previsto expresamente en el presente Código, será de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 621, 630, 636 y 642 al 672.

SEGUNDO.- Que la finalidad de la medida cautelar es asegurar la eficacia de la resolución final a emitirse en un proceso tal como lo prescribe el artículo 608 del Código Procesal Civil aplicable supletoriamente a los procesos constitucionales.

TERCERO.- Que, el artículo 611° del Código Procesal Civil establece que: *“El Juez, siempre que de lo expuesto y prueba anexa considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable, dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal. (...)”*

CUARTO.- **VEROSIMILITUD DEL DERECHO;** conforme ha señalado la doctrina, para el otorgamiento de una medida cautelar se exige, no que el juez tenga un grado de certeza sobre la pretensión, sino que como sostiene Juan José Monroy Palacios, que *“la pretensión tiene algún sustento jurídico a considerar, que la posición del demandante sea discutible o, en todo caso, que exista una posibilidad razonable de que la pretensión sea declarada fundada”... , la verisimilitud no sugiere que el juez evalúe a futuro la fundabilidad de la pretensión sino que considere, por lo menos, que la pretensión tiene un sustento jurídico que la hace discutible. Esta es pues la razón de ser de la verisimilitud, también llamada *fumus boni iuris*, porque lo que se requiere para la obtención de la medida cautelar es sólo un “humo de la existencia del derecho que solicita el demandante”¹.*

QUINTO.- En el presente caso, el actor alega que se viene vulnerando el derecho a la salud previsto en el artículo 7 de la Constitución Política del Perú, en su derecho e incluso en los derechos de la población de la Región Arequipa, al no haber implementado el protocolo de atención y manejo clínico de casos de COVID-19 (coronavirus), que fuera inicialmente aprobado por Resolución Ministerial 084-2020-MINSA y publicado con fecha 8 de marzo de 2020 y la vigente Resolución Ministerial 139-2020-MINSA, de fecha 29 de marzo de 2020.

Al respecto se evalúa los medios probatorios adjuntados como son las publicaciones realizadas por los medios de comunicación como diarios “El Comercio”, “La República” “Correo”, publicaciones entre otras que al ser de medios de comunicación masiva, son de conocimiento público.

Asimismo, se ha adjuntado las Exhortaciones del Ministerio Público, Fiscalía de Prevención del Delito, hechas al Gobernador Regional de Arequipa, así como al Gerente Regional de Salud, a fin de que se subsanen las deficiencias en el Plan Regional de

¹ MONROY PALACIOS, Juan José “BASES PARA LA FORMACIÓN DE UNA TEORÍA CAUTELAR”, COMUNIDAD 2002, Lima. Pág. 172, 173.

Prevención y Respuesta para enfrentar con éxito la pandemia del Coronavirus (COVID -19) en Arequipa (escrito, presentado el día de la fecha, remitido a la Magistrada que suscribe a horas 08:50).

Más, aún es de conocimiento público que el propio personal del Hospital Honorio Delgado que se ha designado por el Gobierno Regional como Hospital para atender los casos COVID -19, han venido realizando reclamos y protestas por la falta de condiciones para ello en el Hospital y la falta de protección para el personal hospitalario.

Lo cual, ha sido agravado por el hecho sucedido el día 06 de abril, y COMUNICADO por la Dirección del propio Hospital Honorio Delgado, en el sentido de haberse detectado un paciente diagnosticado positivo al Coronavirus, en el departamento de Medicina, lo que ha dado lugar a una “cuarentena” en el Hospital señalado, lo que evidencia una clara falta del cumplimiento del Protocolo de atención y manejo clínico de casos de COVID-19 (coronavirus) de la vigente Resolución Ministerial 139-2020-MINSA, de fecha 29 de marzo de 2020. Comunicado que ha sido difundido por los medios de prensa escrito, radial y televisivo de la Región y se anexa en el escrito, de fecha 06 de abril (remitido a Horas 21:12).

Consecuentemente se aprecia verosímilmente la existencia de un derecho aparentemente vulnerado a favor del accionante, su entorno familiar y la colectividad de la Región Arequipa en su conjunto por lo que concurre el *fumus bonis iuris* o apariencia del derecho que sustenta la pretensión cautelar invocada.

SEXTO.- PELIGRO EN LA DEMORA: *“está referido a la amenaza de que el proceso se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva (...). El periculum in mora está destinado , específicamente, a proteger que lo pedido al momento de demandar (petitorio) sea posible de obtener una tutela efectiva en caso de que la sentencia declare fundada la demanda”².*

De los hechos expuestos existen elementos suficientes para tener por cumplido el requisito en mención pues conforme manifiesta el solicitante, esta falta de implementación del Protocolo de atención y manejo clínico de casos de COVID-19 (coronavirus) de la vigente Resolución Ministerial 139-2020-MINSA, de fecha 29 de marzo de 2020, como es de conocimiento público, está ocasionando complicaciones en la atención de los pacientes diagnosticados con el COVID-19, al punto de haberse declarado el cierre del primer y segundo piso del Hospital Honorio Delgado, designado como el Hospital encargado de atender esta clase de pacientes, poniendo en evidente riesgo la

² Idem, Pág. 176

salud del personal que labora en dicho Centro de Salud, los pacientes allí internados y la población en general como lo señala el Comunicado en mención. Por lo que de no acceder a una medida cautelar, podría ocasionarse daño irreparable, que afecte la salud y vida de las personas en general, dada la característica de la actual PANDEMIA y el alto riesgo de transmisión de la enfermedad; siendo que mientras más tiempo siga el pedido sin ser atendido mayor se proyecta el perjuicio para el demandante y toda la población en general de esta Región.

SÉTIMO.- RESPECTO A LA ADECUACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR.-

Según lo expuesto en la medida cautelar se solicita la “*ejecución provisional*” de la pretensión del cuaderno principal.

Al respecto, debemos precisar que el artículo 674 del Código Procesal Civil establece que excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión y, no afecten el interés público.

Por lo que, estando a los antecedentes expuestos, la implicancia que tiene la implementación del Protocolo de atención a los pacientes COVID-19, según la Resolución Ministerial vigente, en la salud en general de todas las personas de la comunidad de esta Región Arequipa, así como la contundencia de los argumentos y la prueba aportada conforme se ha señalado en los considerandos anteriores, este Juzgado considera adecuada la medida cautelar solicitada, más aún que como establece el artículo citado, no se afecta el interés público sino mas bien se lo favorece.

OCTAVO.- A mayor abundamiento, a fin de dar sustento para poder dictar una medida temporal sobre el fondo que se ha solicitado en el cuaderno principal, debemos reseñar lo resuelto en la jurisdicción internacional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en el caso “*Ximenes López Vs Brasil*” la Corte expresó que, **los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda asistencia de salud** prestada a las personas bajo su jurisdicción.

Así, señala “*El Tribunal ha establecido que el deber de los Estados de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicio de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, abarca tanto a las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos de salud, como aquellas instituciones que se dedican exclusivamente a servicios privados de salud*”³

³ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf

En el caso “*Albán Cornejo y otros Vs Ecuador*”⁴ la Corte dispuso que **los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud** para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. Para todo ello, se requiere de la formación de un orden normativo que respete y garantice efectivamente el ejercicio de sus derechos, y la supervisión eficaz y constante sobre la prestación de los servicios de salud.

En cuanto a la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tenemos el caso Yanomami Vs. Brasil**, donde la CIDH declaró que el Estado había violado el **derecho a la preservación de la salud y al bienestar de esa comunidad indígena** “*por la omisión de haber adoptado oportuna y eficazmente medidas*” en este caso para evitar el considerable número de muertes por epidemias de influenza, tuberculosis, sarampión, malaria, enfermedades venéreas, etc. que sufrieron los integrantes de esta comunidad como consecuencia de la invasión que se produjo, sin previa y adecuada protección para la seguridad y salubridad de los indios, de trabajadores de la construcción, geólogos, exploradores mineros y colonos que llegaron a sus tierras después del descubrimiento de minerales de estaño y otros metales en la región, así como por la construcción de una autopista”⁵.

NOVENO.- Que la medida cautelar presentada cumple los requisitos previstos por los artículos 610, debiendo precisar que en cuanto al requisito del otorgamiento de **CONTRACAUTELA**, al no establecer en el artículo 15 del Código Procesal Constitucional una excepción al respecto, tendría a priori que exigirse, sin embargo, el artículo X del Código Procesal Constitucional, establece que “*En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina*”.

Como, señalan Maritza Quispe Mamani, abogada del Instituto de Defensa Legal en el Área de Pueblos Indígenas y Litigio Estratégico, y abogada en Earth Rights International, y Julio Mejía Tapia, abogado del Instituto de Defensa Legal en el artículo “La medida cautelar en el proceso de amparo. ¿Es un requisito de procedibilidad ofrecer

⁴ <https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2>

⁵ Caso Yanomami, Resolución N° 12/85, caso N° 7615 (Brasil), 5 de mayo de 1985, <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2006/comunidad-yanomami-caso-no-7615-resolucion-no-1285>

contracautela?⁶, Publicado por IDL en THEMIS, el 11 de julio de 2016, reseñando a Luis Castillo Córdova, quien señala que normalmente, se suele considerar como un requisito adicional para el otorgamiento de una medida cautelar la llamada contracautela, con la cual se busca salvaguardar los intereses de terceros en la eventualidad de que otorgada la suspensión del acto, finalmente resulte un fallo desfavorable para el recurrente. Sin embargo, con acierto no ha sido exigida por el legislador para los procesos constitucionales, debido a que este requisito no apunta tanto a la necesidad de una medida cautelar, como la salvaguarda de intereses de terceros

Y reseñando a Fernando Bustamante Zegarra, quien señala que el “*fin de la medida cautelar es la protección de un derecho constitucional y no la salvaguarda del interés de un tercero*”⁷.

Concluyen que no será necesario ofrecer contracautela cuando se presenta una medida cautelar en los procesos de amparo, dada la naturaleza del proceso constitucional de amparo, y la urgencia con la cual este debe tramitarse. La contracautela no es un presupuesto, y tampoco un requisito en el proceso constitucional de amparo, de lo contrario sería contraria a la naturaleza y fines de los procesos constitucionales.

Lo cual este Juzgado considera pertinente en el presente caso, ya que las exigencias de las formas procesales en las medidas cautelares deben adecuarse a los principios constitucionales III y II del Código Procesal Constitucional.

Más aún que se pretende la protección de intereses difusos como es la salud de la población en general de la Región Arequipa, por lo que no es exigible el requisito de contracautela en este caso y por tanto innecesaria la legalización de firma que refiere el demandante.

DÉCIMO.- En cuanto al extremo de la solicitud que señala que se ordene la implementación del Protocolo tantas veces indicado, bajo apercibimiento de ejecución forzada y detención de los órganos de auxilio judicial (en este caso los representantes de las instituciones demandadas) por tratarse (según se indica en la solicitud) de flagrancia de delito de Resistencia a la Autoridad, previsto en el artículo 368 del Código Penal, es necesario establecer que en el proceso de amparo no se discute ni menos se resuelve sobre implicancias penales por lo que resulta improcedente el pedido de dicho apercibimiento.

⁶ <https://www.enfoquederecho.com/2016/07/11/la-medida-cautelar-en-el-proceso-de-amparo-es-un-requisito-de-procedibilidad-ofrecer-contracautela>

⁷ Se reseñan las obras de dichos autores como Luis Castillo Córdova, “Comentarios al Código Procesal Constitucional”, Pág. 418. Y Fernando Bustamante Zegarra, “Código Procesal Constitucional Comentado”, Editorial ADRUS, 2009, Pág. 243

DÉCIMO PRIMERO.-Debemos tener en cuenta que la medidas temporales sobre el fondo según el artículo 674 del Código Procesal Civil peruano, se incorporan como medidas de solución inmediatas y que en teoría intentan garantizar el cumplimiento o aseguramiento de una obligación de forma autónoma del principal, pero que consoliden cierto estado de cosas relativamente estables y dada la urgencia y firmeza del fundamento, en ese sentido debe ordenarse a los demandados la implementación del Protocolo de atención y manejo clínico de casos de COVID-19 (coronavirus), aprobado por Resolución Ministerial 139-2020-MINSA, de fecha 29 de marzo de 2020.

Y dado el carácter anticipado de la medida cautelar como la ejecución de lo que se vaya a decidir en la sentencia, se debe tener en cuenta a criterio de este Juzgado, los apercibimientos que posibilita el artículo 22 del Código Procesal Constitucional a fin de lograr la actuación inmediata de lo que se disponga en la presente medida cautelar.

Consideraciones por la que, **SE RESUELVE:** **DICTAR MEDIDA CAUTELAR EN LA MODALIDAD DE MEDIDA TEMPORAL SOBRE EL FONDO** solicitada por **POOL KEVIN ALARCÓN BARRIONUEVO, por su derecho propio, su entorno familiar e intereses difusos de la comunidad de la Región Arequipa** por tanto **SE ORDENA** que, el **MINISTERIO DE SALUD, GOBIERNO REGIONAL DE AREQUIPA y GERENCIA REGIONAL DE SALUD DE AREQUIPA CUMPLAN** con implementar **en la Región Arequipa** el Protocolo contenido en el Documento Técnico *“Prevención y Atención de personas afectadas por COVID-19 EN EL Perú”*, aprobado mediante Resolución Ministerial 139-2020-MINSA **DE MANERA INMEDIATA**, debiendo dar cuenta al Juzgado de las medidas que se tomen para dicha implementación, en el plazo de 24 horas y hasta la implementación definitiva de dicho Protocolo, cada día; lo cual deberán dar cuenta al correo electrónico mesadepartes.const.csja@gmail.com; en tanto se autoriza un correo electrónico para el área civil, órganos jurisdiccionales de emergencia. **SE DESIGNA** como órganos de auxilio judicial al **MINISTRO DE SALUD VICTOR MARCIAL ZAMORA MESIA Y AL GOBERNADOR REGIONAL DE AREQUIPA ELMER CÁCERES LLICA** a quienes conforme al estado de emergencia dispuesto por el Supremo 044-2020-PCM y Supremo 051-2020-PCM por el que atraviesa el país, se les cursarán los oficios correspondientes para que se dé cumplimiento a la medida dictada, debiendo notificárseles en las direcciones de correos electrónicos señalados en la demanda, fax, teléfono u otro medio de manera efectiva. **TOMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.** Autoriza la Especialista Legal que suscribe, por disposición de la Magistrada del Juzgado Civil de Hunter.-